

A. I. Nº - 210765.1109/99-4
AUTUADO - SKYTECH TELECOM INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - MARIA SOUZA RIBEIRO
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 11.06.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0142-04/12

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Documentos autuados comprovam que a Habilitação de Diferimento do imposto do contribuinte estava “baixada” por falta de renovação há mais de cinco meses do desembaraço aduaneiro. Valor reduzido em razão de erro na quantificação da base de cálculo. Rejeitada preliminar de nulidade. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 20/11/2011, foi lançado ICMS no valor de R\$218.348,79, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fl. 5), referir-se a 17 itens relacionados e descritos nas páginas NUMBER SKT111001-1 DA CREATEK INTERNACIONAL LTDA, procedentes de KWORK SHUI ROAD, N.T. HONG KONG – SAR, conforme DANFE’s de importação 3951 a 3957, emitidos pelo autuado, utilizando o benefício do certificado de habilitação de diferimento 3330006 baixado em 30/05/2011. As mercadorias citadas são produtos acabados prontos para comercialização, conforme documentos anexos.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 53 a 73. Diz que o lançamento carece de sustentação jurídica porque o autuado atendeu todos os requisitos necessários à manutenção do regime especial de diferimento.

Transcrevendo os arts. 1º do Dec. 4.316/95, 342, 572 do RICMS-BA e doutrinas a respeito, alega que, no caso, a finalidade do diferimento é proporcionar desenvolvimento econômico e social ao município de Ilhéus por meio do citado decreto que inseriu incentivo fiscal na importação e aquisição de insumos e mercadorias para industrialização no polo industrial da região, concedendo aos contribuintes ali sediados a possibilidade de diferimento do ICMS com a aplicação de alíquota privilegiada, ofertando desoneração para impulsivar instalação de fábricas e investimento na área tecnológica para assegurar geração de emprego e renda à população local.

Fala que possuindo os requisitos contidos no referido decreto requereu à SEFAZ a Habilitação de Diferimento que lhe foi deferida em 06/12/2000 e que em 10/11/2011, atendendo as determinações do RICMS-BA, requereu a “Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS – GLME” referente aos DANFE’s de importação objetos da autuação junto à SEFAZ, que foi visada pela unidade federada, e, posteriormente, juntada aos documentos da mercadoria em trânsito, mas, não obstante, foi autuado sob juízo indiciário que a habilitação da empresa encontra-se com a situação “baixada” e, por isso, não estaria albergada pelo diferimento. Contudo, alega que sua habilitação se encontrava ativa, tendo em vista que a GLME fora emitida e ratificada pela repartição fazendária.

Entende que o visto fiscal na GLME constitui elemento probatório suficiente para ratificar a desoneração do ICMS da mercadoria, conforme entendimento já esposado pela SEFAZ no Parecer 16200/2010, que transcreve, pelo que inexiste infração à legislação capaz de ensejar a exigência de pagamento do ICMS no desembaraço aduaneiro, haja vista, segundo ele, que a obrigação

tributária, em decorrência do diferimento, somente ocorrerá após a saída por venda da mercadoria do estabelecimento do contribuinte.

Salienta que no DANFE 3951 consta observação que o autuado importou equipamentos denominados tecnicamente “ROTEADOR DIGITAL C/ANTENA 16CM LOCO-M5” e “ROTEADOR DIGITAL C/ANTENA 32CM DIA N5”, cuja finalidade é possibilitar a conexão de computadores em redes wi-fi, mas, para utilização de tais equipamentos no âmbito nacional, é necessário instalar software desenvolvido pelo autuado, o que modifica sua interface (visual), resultando na disponibilização de comandos em português, customizando o produto, conforme as etapas que relata, o que informa enquadrar no conceito de industrialização previsto no art. 4º do Regulamento do IPI transcreto, que diz acolhido pelo RICMS-BA no art. 2º, §5º, também transcreto.

Aduz que a norma legal que concedeu o benefício fiscal também abarcou a operação de revenda com carga tributária correspondente a 3,5%, conforme art. 7º do Dec. 4.316/95, que transcreve. Assim, por estar inserido nessa hipótese, diz que o lançamento e pagamento do ICMS somente ocorrem na transferência de titularidade da mercadoria pelo valor da saída (venda) e não pelo valor da entrada (compra) no seu estabelecimento, o que, segundo ele, torna “inexigível” o recolhimento do ICMS como no AI.

Nesse sentido, transcreve o art. 348, §1º do RICMS-BA para dizer que a imposição tributária, não ocorrendo o fato gerador, destoa do conceito de diferimento estampado no art. 342 do RICMS-BA e viola os princípios constitucionais da legalidade e do não-confisco.

Também alega que o caso evidencia erro no aspecto quantitativo do imposto, uma vez que a fiscalização utilizou a alíquota de 17% ao invés de 3,5% como prevista no Dec. 4.316/95, razão pela qual, na hipótese de constituição do crédito tributário por antecipação, a quantia devida seria R\$ 37.137,73, conforme quadro que expõe, mas aduz que tal erro macula de nulidade o lançamento em lide.

Quanto à base de cálculo do ICMS exigido diz que, conforme demonstrativo que integra o AI, a autuante se equivocou ao converter os valores do II, I.P.I, PIS/PASEP, COFINS e TAXA SISCOMEX em reais, embora estes já se expressassem em moeda nacional, conforme demonstrativo que elabora, pelo que, na remota hipótese de lançamento antecipado do imposto, o ICMS devido seria R\$ 180.383,25 e não R\$218.348,79, razão pela qual deve ser rechaçado por este juízo *ad quem*.

Também alega incorreta aplicação da multa no valor de R\$131.009,27, pois, segundo ele, não ocorreria infração no que tange ao dever de recolher o imposto por ocasião do despacho aduaneiro, porque tal obrigação tributária somente é devida após a saída da mercadoria do estabelecimento do impugnante à alíquota de 3,5%, o que, aliado ao equívoco na indevida conversão dos valores já em moeda nacional como visto majorando a base tributável comprometem a exata mensuração do aspecto quantitativo da exação perquirida, afastando, por via reflexa, as presunções de legalidade, exigibilidade e certeza do lançamento tributário pelo que enseja sua nulidade.

Conclui pedindo: a) cancelamento do AI por inexibilidade do ICMS no desembarço aduaneiro em razão do diferimento; b) nulidade do lançamento por erro na determinação da base tributável e inconsistência da multa capitulada; c) caso não sejam acolhidos os pedidos retro citados, seja efetuado lançamento correspondente ao percentual de 3,5% sobre o valor das operações de revenda das mercadorias descritas nos DANFE's.

O Agente de Tributos estranho ao feito que prestou a informação fiscal de fls. 103 a 110, descreveu os fatos, resumiu os argumentos defensivos e informou que a mercadoria importada pelo autuado foi objeto de fiscalização em posto fiscal no seu trânsito quando foi apresentada a GLME e demais documentos e que ao consultar os dados cadastrais do importador verificou-se que a Habilitação para Diferimento 333000-6, estava baixada desde 30 de maio de 2011, conforme extrato INC de fls. 8 e 9.

Com relação à alegação defensiva de atendimento de todos os requisitos necessários à manutenção do regime especial, o transcrevendo, esclarece que o §1º do art. 1º do Dec. 4.316/95 determina a renovação anual da habilitação de diferimento para usufruir do benefício fiscal, pois, não sendo renovado, o regime será baixado. Estando “baixado” tal regime, o autuado deveria pagar o ICMS das operações conforme os procedimentos previstos no art. 572 do RICMS-BA que transcreve, ressaltando que o visto fiscal na GLME não tem caráter homologatório (§6º, III).

Sobre o aspecto de as mercadorias necessitarem de instalação de software e que isto caracteriza modificação do produto, informa que, em pesquisa na Internet, verificou tratar-se das mesmas mercadorias importadas e que a instalação de software desenvolvido pelo autuado extrapola seus conhecimentos.

Quanto à alegação de ser a alíquota de 3,5% a aplicável, esclarece que se está reclamando o crédito tributário referente à operação de importação, cuja alíquota é 17% conforme art. 15, I, “d” da Lei nº 7.014/96 e art. 50, I, “d” do RICMS-BA, que reproduz.

Reconhece o erro alegado na quantificação da base de cálculo do imposto, pois, de fato, os valores de II, IPI, PIS/PASEP, COFINS e Taxa CELIC já estavam em moeda nacional e retifica o valor do imposto exigido para R\$180.383,25, acrescido da multa de R\$108.229,95, conforme demonstrativo que anexa e conclui pedindo que o AI seja julgado procedente em parte.

Intimado para ciência da informação fiscal, o contribuinte se manifesta às fls. 116 a 121.

Com referência à GLME, salienta que tal documento que emite é levado para visto da autoridade fiscal que, promovendo sua análise, confere sua regularidade, pelo que não há que se falar em emissão indevida desse documento.

Repete o argumento defensivo quanto à instalação de software e modificação do produto como industrialização, o mesmo fazendo com relação à alíquota aplicável nas operações internas de revenda da mercadoria importada.

Entende que ao admitir a existência de erro na composição do lançamento, a autuante corrobora com seus argumentos de nulidade do auto de infração.

Conclui pedindo: a) cancelamento do AI por inexibilidade do ICMS no desembarque aduaneiro em razão do diferimento; b) nulidade do lançamento por erro na determinação da base tributável e inconsistência da multa capitulada; c) caso não sejam acolhidos os pedidos retro citados, seja efetuado lançamento correspondente ao percentual de 3,5% sobre o valor das operações de revenda das mercadorias descritas nos DANFE's, desde que com o ajuste efetuado.

VOTO

O auto de infração lavrado no trânsito da mercadoria exige ICMS por falta de recolhimento no desembarque aduaneiro de mercadoria importada por contribuinte situado na Bahia, tendo em vista que, embora o importador autuado esteja situado em área abrangida pelo Dec. 4.316/95 que difere o imposto relativo à importação da mercadoria para a saída subsequente do seu estabelecimento, estava com a habilitação para o diferimento em situação “baixada” na data do desembarque.

O autuado combateu o lançamento argumentando possuir todos os requisitos necessários à manutenção do regime especial de diferimento, inclusive a Habilidade de Diferimento nº 33360006 que lhe foi deferida em 06/12/2000 e que em 10/11/2011, atendendo às determinações do RICMS-BA, requereu a “Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS – GLME” referente aos DANFE's de importação objetos da autuação junto à SEFAZ, que foi visada pela unidade federada, isto constituindo prova de que sua habilitação estava ativa, conforme entendimento já esposado pela SEFAZ no Parecer 16200/2010.

Apontou erro na determinação da base de cálculo da exigência tributária, acentuando que, caso prevaleça o lançamento se superada sua arguição de nulidade pelo erro no seu aspecto quantitativo, ele deve ser ajustado para a carga tributária correspondente a 3,5%, conforme art. 7º do Dec. 4.316/95.

Analisando os autos e ponderando os argumentos de acusação e defesa, vejo que a questão central para decidir a lide reside em saber o valor legal da Habilitação de Diferimento do contribuinte para postergar o pagamento do ICMS incidente sobre a operação de importação para a etapa seguinte, como entende o contribuinte, ou não, como entende a autuante.

Pois bem, a questão de direito descrita tem normativa específica no Dec. 4.316/95 e nisso conformam autuante e autuado, sendo que aquele diverge deste no quanto disposto no §1º, I, do art. 1º que expressa que para usufruir do diferimento envolvido nesse caso, o contribuinte há que estar com sua habilitação “ativa” por renovação anual.

Os DANFE's (fls. 13 a 17) que acobertaram a importação foram emitidos em 09/11/2011 e o extrato que historia a habilitação citada (fl. 09) prova que ela foi baixada 30/05/2011, portanto, cinco meses e nove dias antes do desembarque aduaneiro da mercadoria objeto da lide.

Tratando-se essa questão de um benefício fiscal condicionado, sua regência está no art. 38 da lei do ICMS da Bahia (Lei 7.014/96) registrando que “quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação”. Esta disposição está repetida no art. 11 e parágrafo único do RICMS-BA, que abaixo transcrevo.

Art. 11. Quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição.

Parágrafo único. O pagamento do imposto, na hipótese deste artigo, será feito com os acréscimos moratórios cabíveis e, se for o caso, multa, os quais serão devidos a partir do vencimento do prazo em que o tributo deveria ter sido pago caso a operação ou prestação não tivesse sido efetuada com o benefício fiscal, observadas, quanto ao termo inicial da incidência, as normas reguladoras da matéria.

A despeito disso, o autuado alegou que a emissão da GLME visada pela repartição fiscal constitui elemento probatório suficiente para ratificar a desoneração do ICMS da importação, conforme entendimento já esposado pela SEFAZ no Parecer 16200/2010. Essa não é a correta interpretação que deva ter o caso com respeito à GLME, pois embora ela seja indispensável para a liberação da mercadoria sem comprovação do recolhimento do ICMS quando a operação de importação estiver sujeita a isenção, não incidência, diferimento ou outro motivo, como dispõe o art. 572, §3º, II, do RICMS-BA, claramente o §6º do citado artigo registra que o visto da GLME não tem efeito homologatório, sujeitando-se o importador, adquirente ou o responsável solidário ao pagamento do imposto, das penalidades e dos acréscimos legais, quando cabíveis, aliás, corroborando com o parágrafo único do art. 11 do RICMS-BA, acima transcrita.

Portanto, dúvida não há que, embora revestido de aparência legal, a GLME foi indevidamente requerida pelo autuado no site da SEFAZ que não travou a emissão em função da falta de habilitação para usufruir do benefício fiscal, não restando dúvida constituir-se em indevido documento fiscal por inidoneidade em face de não servir ao fim que se destina (RICMS-BA: art. 209, VI). Como não poderia ser diferente, na manifestação final do contribuinte (fl. 117), ele descreve a forma em que a GLME é emitida, manifestando que dele é a iniciativa procedural mediante uso de senha específica. Sabendo da necessidade da renovação de sua habilitação e que é dele a iniciativa para tanto, não o fazendo por opção, sujeitou-se às consequências estabelecidas na legislação específica, sendo uma delas, a subsunção à regra de tributação normal da operação de importação. No caso, à alíquota interna (art. 15, I, “d” da Lei 7.014/96 RICMS-BA: art. 50, I, “d” c/c o 572 e 573, I).

Muito embora parecer fiscal não vincule decisão desse órgão julgador, pois que é meramente opinativo, o citado pelo impugnante não cola ao caso, pois ele se refere a GLME corretamente emitida e trata de sobrevinda de fato impeditivo ou modificador do valor da importação, o que, como já exposto, não é o caso em apreço.

A alíquota interna de 3,5% prevista no Dec. 4.316/95 incide sobre saídas de produtos acabados, recebidos com o diferimento do imposto incidente na importação, observando-se a disposição do

§1º do art. 1º, inclusive, a renovação anual da habilitação, o que não foi feito e que, em especial, deu asas ao lançamento em apreço.

Tendo em vista que o lançamento tributário se aperfeiçoa dentro do processo legal e que só se completa com seu trânsito em julgado e considerando que o vício inicial no seu aspecto quantitativo visto pelo impugnante, qual seja, a desconsideração de que os valores relativos ao II, IPI, PIS/PASEP, COFINS e Taxa SISCOMEX já estavam em moeda nacional, foi devidamente sanado na forma indicada pelo §1º do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF resultando no exato valor corretamente apontado pelo impugnante, não mais há falar em nulidade do auto de infração. Assim, acolho o demonstrativo refeito à fl. 111 ajustando o valor dessa exigência tributária de R\$ 218.348,79 para R\$ 180.383,25.

Pelo exposto, constato que o procedimento fiscal foi desenvolvido em plena normalidade obedecendo ao devido processo legal; o auto de infração contém os requisitos previstos nos arts. 15, 16, 19, 22, 26, 28, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF, identificando-se o sujeito passivo, tipificando-se e descrevendo corretamente a infração, demonstrando-se a base de cálculo e valores do crédito fiscal; o contribuinte estabeleceu o contraditório utilizando seu amplo direito de defesa demonstrando pleno entendimento da acusação fiscal, sem óbice da parte contrária; não tenho a fazer qualquer observação quanto ao método de fiscalização utilizado e a infração autuada. Concluo pela subsistência da autuação, razão pela qual deve ser mantida de acordo com os ajustes procedidos.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTRE** o Auto de Infração nº. **210765.1109/99-4**, lavrado contra **SKYTECH TELECOM INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$180.383,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR